

# PROPIEDAD INTELECTUAL, GLOBALIZACIÓN Y DESARROLLO (ENTRE EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CENTROAMERICANO Y ASPECTOS DE DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMERCIO)

---

FERNANDO CARBAJO CASCÓN  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad de Salamanca

## 1. Introducción: Concepto, Naturaleza y Fines de los Derechos de Propiedad Intelectual

**B**ajo el término propiedad intelectual se cobijan los derechos de carácter exclusivo y excluyente que se hacen recaer sobre bienes inmateriales de muy distinto signo: creaciones intelectuales de fondo, tanto de carácter artístico o cultural en términos amplios (derechos de autor), como de carácter técnico (patentes y modelos de utilidad, obtenciones vegetales, esquemas o topografías de productos semiconductores); creaciones intelectuales de forma (diseños y modelos industriales); signos distintivos que reflejan el esfuerzo y capacidad empresarial de su titular (marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen e indicaciones geográficas); interpretaciones artísticas y prestaciones industriales relacionadas con el mundo de la cultura y la información (derechos conexos o afines).

En cuanto derechos exclusivos contienen una dimensión positiva y otra negativa: por un lado confieren a su titular la facultad de utilizar o explotar en exclusiva el bien inmaterial protegido (*ius utendi*); por otro lado le atribuyen la facultad de prohibir a los terceros utilizar dicho bien inmaterial sin su consentimiento (*ius prohibendi*).

Estos diferentes derechos exclusivos se agrupan en algunos países en las categorías de propiedad industrial (patentes, obtenciones vegetales, diseños, signos distintivos) y de propiedad intelectual en sentido estricto (derechos de autor y derechos afines), aunque en el ámbito internacional se utiliza el término de propiedad intelectual para referirse a todas ellas por igual.

Los Derechos de Propiedad Intelectual en sentido estricto nacen por el simple hecho de la creación (derecho de autor) o de la realización de

una prestación personal o industrial (derechos afines), sin necesidad de registro previo. La inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual es meramente potestativa y, de darse, tendrá un carácter meramente declarativo. La protección surge como consecuencia de la divulgación de la obra o prestación en el territorio de un país determinado por el titular o por un tercero con su consentimiento.

Los *derechos de autor* protegen las obras literarias, artísticas y científicas siempre que sean originales, atribuyendo al autor o a sus derechohabientes un derecho moral o personalísimo y un conjunto de derechos patrimoniales o de explotación exclusivos. Los *derechos conexos o afines* otorgan derechos exclusivos de carácter patrimonial sobre prestaciones personales artísticas (intérpretes o ejecutantes, a los que también se les reconoce un derecho moral en tanto en cuanto se aprecia una actividad creativa en el hecho de la interpretación artística o ejecución musical) y sobre prestaciones industriales de tipo cultural o informativo (productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales, emisiones de radio y de televisión, meras fotografías no originales, fabricantes de bases de datos.) En estos casos sólo se protege el esfuerzo personal interpretativo o la inversión empresarial en bienes de trascendencia cultural, que habitualmente sirven como vehículos de obras, aunque no necesariamente tiene que ser así ya que estos productos o servicios también pueden recaer sobre contenidos que no son obras originales *stricto sensu*.

Los derechos de propiedad industrial, en cambio, se rigen normalmente por el principio de registro. Estos derechos nacen con la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial, otorgando derechos patrimoniales o de explotación exclusivos únicamente para el territorio del Estado correspondiente, necesitando la inscripción en los respectivos registros de todos los países donde se quiera obtener esa protección.

Las *patentes de invención* protegen invenciones industriales siempre que sean nuevas, impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial en cualquier clase de industria. Los *modelos de utilidad* recaen sobre invenciones que, siendo nuevas e implicando una actividad inventiva, consistan en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja práctica apreciable para su uso y fabricación. Las *obtencciones vegetales* otorgan un derecho exclusivo sobre variedades vegetales nuevas, distintas, homogéneas y estables. El *diseño industrial* otorga protección a la apariencia externa de un producto que se derive de las líneas, contornos, colores, textura o forma del producto o de su ornamentación, siempre que sea nueva y posea carácter singular.

Finalmente, las *marcas* conceden un derecho exclusivo sobre un signo con capacidad distintiva para identificar y distinguir productos y servicios de otros iguales o similares en el mercado.

Estos derechos exclusivos sobre bienes inmateriales se equiparan al Derecho de Propiedad. Pero no a la propiedad clásica recogida en los Códigos Civiles, sino a un concepto amplísimo de propiedad, plasmado en las Constituciones modernas, que pretende expresar el derecho subjetivo más reforzado contemplado por el ordenamiento jurídico, y que otorga facultades de usar, disfrutar y disponer libremente. Se dice, en este sentido, que *hoy día no hay una sola propiedad, sino propiedades*.

Es evidente, en este sentido, que los derechos de Propiedad Intelectual o derechos de propiedad sobre bienes inmateriales presentan importantes peculiaridades que los apartan del derecho de propiedad tradicional que recae sobre bienes materiales muebles o inmuebles. Más aún, a pesar de los numerosos puntos en común, existen importantes diferencias de naturaleza, funciones y régimen jurídico entre los distintos derechos exclusivos de propiedad intelectual; diferencias que responden a la distinta naturaleza de los bienes inmateriales protegidos.

Existe un *numerus clausus* de derechos exclusivos sobre bienes inmateriales (derechos de propiedad intelectual); de manera que corresponde al legislador definir en cada momento a qué bienes inmateriales se les atribuye un derecho exclusivo y establecer un régimen jurídico adecuado a la naturaleza y funciones de cada concreto bien inmaterial.

Es importante destacar al respecto que, a diferencia de lo que sucede normalmente con los bienes materiales, los bienes inmateriales son de notable importancia para los intereses generales, al estar íntimamente relacionados, unos con la cultura, la ciencia, la investigación y el desarrollo tecnológico (derechos de autor, derechos conexos, patentes, modelos de utilidad, obtenciones vegetales), y otros con el correcto funcionamiento del mercado en términos de competencia (signos distintivos y diseños industriales.)

Así pues, en la mecánica de los Derechos de Propiedad Intelectual no sólo se protegen los intereses particulares y egoístas de su titular, representados por los derechos económico-constitucionales de propiedad y libertad de empresa o libre iniciativa económica en economías de mercado (del que se deriva el principio de libre competencia que otorga no sólo el derecho a competir, sino también la obligación de dejar competir a los demás). Están en juego también intereses colectivos o generales representados en otros derechos y

valores constitucionales, como son los derechos de libertad de expresión, creación e información y las obligación de los Poderes Públicos de fomentar el acceso a la cultura, a la ciencia y a la investigación en pos del desarrollo cultural, científico, técnico y económico del país.

Esto influye decisivamente en la configuración de estos derechos y en su régimen jurídico, estableciéndose límites o excepciones a los derechos exclusivos (límites temporales y límites sustantivos), obligaciones de uso del bien reconocido con un derecho exclusivo (en patentes, marcas) y otras medidas como las licencias obligatorias.

Mecanismos restrictivos que encuentran justificación en la función social de la propiedad establecida constitucionalmente como límite genérico al derecho de dominio, y que persiguen establecer un equilibrio entre intereses particulares y generales, para que, en último término, los bienes inmateriales protegidos por derechos exclusivos acaben beneficiando a toda la Sociedad.

Los derechos de propiedad intelectual constituyen, de hecho, importantes instrumentos de política-legislativa cultural, científica y económica. La idea de fondo es proteger a los creadores y a la industria para fomentar la creación artística y técnica e impulsar la competitividad, y conseguir así promover el desarrollo cultural, tecnológico y económico de una nación.

Esta finalidad se reflejó ya tempranamente y de manera expresa en el artículo 1, Section 8 de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787: *"to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries"*.

Se concede un derecho exclusivo para impulsar la creatividad y la innovación a cambio de que el creador o productor divulgue plenamente su creación o invención. Transcurrido el período de protección esa creación o invención caerá en el dominio público y podrá ser aprovechada por todos los que lo deseen.

Pero los derechos de propiedad intelectual han destacado, sobre todo, por ser importantísimos instrumentos de promoción de la competencia económica y, con ello, herramientas de política económica a nivel nacional y también internacional.

Así es, puede parecer paradójico que derechos que otorgan a su titular un derecho de monopolio sobre un concreto bien inmaterial puedan ser vitales para la promoción de la competencia económica y para el desarrollo

eficiente del tráfico económico. Pero es así: los derechos exclusivos sobre bienes inmateriales o derechos de propiedad intelectual provocan:

- Por un lado, un *efecto monopolístico*: nadie puede utilizar el bien inmaterial protegido sin la autorización de su titular;
- Y por otro lado un *efecto concurrencial*: dado que los competidores no pueden utilizar el bien inmaterial protegido por un derecho exclusivo, se ven forzados a innovar para producir bienes inmateriales alternativos.

Desde un análisis económico del mercado, el derecho monopolístico actuaría sobre los niveles intermedios de producción y distribución. El efecto concurrencial actuaría indirectamente sobre el nivel previo de innovación. Y ello actuaría finalmente de forma beneficiosa sobre el nivel último o inferior del consumo.

La escasez provocada en el nivel de producción-distribución por la concesión de un derecho exclusivo sobre un bien inmaterial concreto, obliga a los competidores a invertir en innovación para la producción de bienes inmateriales alternativos para poder competir en el mercado. Y ello beneficia en última instancia a los consumidores y usuarios, que tendrán más ofertas donde elegir y también distintas condiciones de calidad y precio.

Lo cierto es que ningún empresario invertiría en la creación o producción de obras originales, invenciones y diseños industriales, así como en signos distintivos si esos bienes inmateriales pudieran ser objeto de utilización libremente por terceros en cualquier momento. El mercado se colapsaría por falta de productos y servicios innovadores en el área de la cultura o la técnica (en sentido muy amplio) o por no poder distinguir claramente unos productos o servicios de otros.

Al contrario, la concesión de derechos de monopolio garantiza al creador y al productor la posibilidad de explotar en exclusiva un producto o servicio concreto durante el tiempo permitido por la ley, asegurándole de esta forma la capacidad de recuperar la inversión realizada y de distinguirse claramente de sus competidores ante el público. Será el público el que, como árbitro del Sistema Económico-Capitalista, decida mediante sus preferencias de adquisición qué prestaciones son las más eficientes. Más aún, la concesión de derechos exclusivos genera competencia constantemente, obligando a los titulares de derechos a invertir constantemente en la mejora de sus prestaciones o en la generación de otras nuevas.

Claro está que la concesión de un derecho de monopolio contiene el riesgo de que su titular establezca precios excesivos que pueden

perjudicar a los consumidores. Pero al estimular la competencia y la innovación en productos alternativos se entiende que se producirá una bajada de los precios que acabará por beneficiar a los consumidores. Este razonamiento dependerá de muchas variantes, como puede ser el nivel de desarrollo tecnológico y cultural de un país y el grado de competitividad del mismo. Obviamente si se crean posiciones de absoluto control del mercado, se pueden producir situaciones de abuso contra los consumidores. De ahí la importancia de normas sobre protección de la libre y leal competencia para evitar y prevenir esos abusos.

En definitiva, la protección de la propiedad intelectual se hace imprescindible para el desarrollo económico de un país, actuando también de forma muy positiva sobre el desarrollo cultural, científico y tecnológico. Por eso, la protección de la propiedad intelectual se ha convertido en una prioridad para los países más industrializados; no sólo dentro del propio país, sino también en las relaciones económicas y comerciales con terceros países.

A medida que se han ido intensificando las relaciones comerciales internacionales, los derechos de propiedad intelectual han ido cobrando una importancia mayor, pues son muchos los productos y servicios objeto de comercio entre diferentes países que se cobijan bajo derechos de exclusiva sobre bienes inmateriales; ya sean patentes, derechos de autor y conexos, diseños o, en todo caso, marcas de productos y servicios.

Estos derechos son elementos básicos para la construcción del mercado en términos de competencia eficiente. Sea un mercado nacional, supranacional o regional e incluso el mercado global.

En concreto, constituyen piezas básicas en los procesos de integración económica supranacional con vistas a la consecución de un mercado único, como es el caso de la Unión Europea y -con menor intensidad- el MERCOSUR o el Pacto Andino. También son elementos importantes en los tratados de libre comercio entre varios Estados, como el NAFTA entre EE.UU, México y Canadá, el Tratado de Libre Comercio entre EE.UU y Chile o -ahora- el CAFTA o Tratado de Libre Comercio entre EE.UU y Centroamérica. Pero, más lejos aún, se consideran instrumentos imprescindibles para el comercio internacional y el proceso de globalización económica, como demuestra el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPs o ADPIC), que figura como Anexo 1C del Tratado de Marrakech de 1994, constitutivo de la Organización Mundial del Comercio.

La importancia de estos derechos se ha hecho más notoria si cabe con el advenimiento del nuevo modelo socioeconómico que se ha dado en llamar

Sociedad Mundial de la Información o Sociedad del Conocimiento, fruto de la convergencia de la informática, la tecnología digital y las telecomunicaciones avanzadas, y cuyo principal exponente es la red de redes Internet, auténtico paradigma de la globalización económica y cultural.

En Internet, algunos derechos exclusivos adquieren un papel preponderante. Así sucede especialmente con los derechos de autor y los derechos conexos, pues buena parte de la información o contenidos que circulan por la red constituyen obras o materiales protegidos por estos derechos (música, audiovisual, libros electrónicos, fotografías, artículos científicos). De hecho, puede decirse, que los derechos de autor y los derechos conexos son uno de los principales objetos -sino el principal del comercio electrónico que se desarrolla en Internet. También la identificación dentro de la red se torna especialmente relevante, y de ahí la trascendencia adquirida por instrumentos de localización y distinción en el ciberespacio como son los nombres de dominio, que frecuentemente entran en colisión con marcas y otros derechos (títulos de obras, nombres de personajes famosos, denominaciones de personas jurídicas) de terceros. Finalmente, la tendencia de algunos países (como EE.UU) de patentar el software y los modelos de negocio, hace que las patentes comiencen a adquirir también una importancia de primer orden en la construcción del mercado electrónico global.

Precisamente, las facilidades que otorga la tecnología digital e Internet para la copia y transmisión de contenidos a lo largo y ancho del mundo, hace de los derechos de propiedad intelectual una pieza clave para el desarrollo del comercio electrónico. La lucha contra la piratería profesional y contra los intercambios masivos de contenidos entre los propios usuarios requiere la adaptación de los derechos de propiedad intelectual al nuevo entorno digital; adaptación que exige un elevado grado de armonización normativa entre los diferentes países para evitar el fenómeno del *"forum shopping"*, esto es, países con legislaciones blandas que se convierten en refugio de actividades ilícitas dirigidas a otros países (paraísos informáticos.)

Todo esto ha provocado que la defensa de la propiedad intelectual se haya convertido en bandera de los países más desarrollados, donde la industria de la cultura o de contenidos y la industria basada en innovación tecnológica adquieren cada vez un peso mayor en el conjunto de sus economías.

De ahí el interés y las presiones para incluir la defensa de estos derechos como compromisos prioritarios en tratados de libre comercio bilaterales y multilaterales, donde los países desarrollados han utilizado el

compromiso de regulación de la propiedad intelectual como moneda de cambio, imponiendo la obligación de protección de estos derechos a los países menos desarrollados a cambio de ciertas prerrogativas comerciales, básicamente en materia arancelaria, siendo su mayor exponente el ADPIC, piedra angular de la OMC.

Pero llegados a este punto la cuestión que se plantea es si todo este sistema es válido también para los países en vías de desarrollo. Eso sí, teniendo en cuenta también las importantes diferencias que existen entre unos países en desarrollo y otros, pues no siempre un alto nivel de pobreza implica un subdesarrollo tecnológico (los ejemplos de India, Irán y China son bastante clarificadores).

De este problema nos ocuparemos en los epígrafes siguientes, al hilo de la exposición de los diferentes tratados internacionales que se han ocupado de la materia, y prestando especial atención a la situación en Centroamérica.

## **2. La protección de la Propiedad Intelectual en los distintos tratados internacionales**

### **a. Los primeros grandes convenios internacionales sobre propiedad intelectual**

La necesidad de protección de los derechos de propiedad intelectual a nivel internacional se hizo patente tempranamente, a finales del siglo XIX. Esta protección se plasmó en dos convenios internacionales básicos, reformados posteriormente y aún en vigor:

- El *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, de 9 de septiembre de 1886, revisado en París el 24 de julio de 1971.
- El *Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, de 20 de marzo de 1883, revisado en Estocolmo el 14 de junio de 1967 y modificado el 28 de septiembre de 1979. A este Convenio se sumó luego para proteger algunos derechos conexos, la *Convención Internacional de Roma para la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión*, de 26 de octubre de 1961.

La principal característica de estos convenios es que establecían una obligación de protección mínima de los derechos de propiedad intelectual e industrial a los Estados firmantes, consagrando además el principio de trato nacional que obliga a cada Estado firmante a tratar como si fueran nacionales a los titulares de derechos de otros países firmantes del mismo tratado (*cfr.*, art. 5.1 CB y art. 2 CUP). Además, estos Convenios no fijaron



ningún sistema sancionador para el caso de incumplimiento de las obligaciones mínimas por parte de los Estados firmantes.

De esta manera, cada país firmante disponía de una amplia libertad para decidir por sí mismo el grado de protección a otorgar a los distintos derechos de propiedad intelectual, respetando en todo caso las escasas normas sustantivas establecidas en esos grandes Convenios. Así, en una época de escasísimas relaciones comerciales internacionales, las legislaciones nacionales podían variar sustancialmente entre unos países y otros, optando unos por una protección reforzada y otros por una protección mínima, en función del grado de desarrollo industrial y de los intereses concretos de cada cual.

De hecho, muchos países industrializados prohibieron expresamente las patentes químicas y farmacéuticas para no interferir en la investigación y en la disponibilidad de medicamentos y compuestos químicos de primera necesidad. Otros como EE.UU no firmaron estos convenios hasta los años 70 del siglo XX, una vez consolidada su industria tecnológica y de contenidos, llegando a prohibir incluso la concesión de derechos exclusivos a sujetos de otros países con los que no les uniera ningún Tratado de reciprocidad.

#### **b. Mercados únicos regionales, tratados de libre comercio y globalización económica**

El final de la segunda guerra mundial y la promulgación de las Constituciones democráticas trajeron consigo un periodo de internacionalización progresiva de las relaciones comerciales que parece estar alcanzado su máxima expresión en la actualidad, ya entrado el siglo XXI, con el proceso de globalización económica; proceso éste que supone una superación de la mera internacionalización comercial para alcanzar una grado cada vez mayor de integración económica gracias a la interdependencia de los distintos mercados nacionales.

La globalización surge tras una fase intermedia de integración de mercados regionales (Comunidad Europea, MERCOSUR y Pacto Andino) y de tratados de libre comercio bilaterales y multilaterales regionales.

La globalización económica supone la interdependencia entre mercados nacionales y regionales, potenciada mediante convenios multilaterales de tendencia universalista que buscan conseguir una armonización comprometida de reglas sustantivas básicas en materias prioritarias para el comercio internacional, como sucede precisamente con la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Lo que ocurre en un mercado nacional ya no es indiferente para los otros mercados. El espectacular desarrollo de los transportes y de los medios de comunicación hace el mundo más pequeño, facilitando la inversión en otros países y el comercio constante de productos y servicios entre operadores económicos de todas las partes del mundo, incluso en ocasiones entre ausentes a través de medios electrónicos. Todo ello reduce extraordinariamente los costes de transacción y aumenta las facilidades para la ejecución de las prestaciones (entrega del bien o prestación del servicio y pago).

Si muchos de los bienes y servicios que circulan a lo largo y ancho del mundo están protegidos por derechos de patente, derechos de autor y conexos, derechos de diseño o derechos de marca, podrá comprenderse la gran trascendencia que la protección de estos derechos exclusivos en el mayor número de países posible tiene para los grandes productores y exportadores mundiales. Un único mercado mundial en el que se comercializan bienes y servicios protegidos -de una u otra manera- por derechos exclusivos, requiere un alto grado de armonización legislativa, al menos en los aspectos más básicos de esa protección.

Obviamente esa tendencia a la uniformidad legislativa será mucho más intensa en los procesos de construcción de mercados supranacionales, como sucede con el mercado común o mercado interior de la Comunidad Europea.

Que sin duda constituye el proceso más perfeccionado hasta el momento de integración económica y social. Por un lado, se ha llevado a cabo un intenso proceso de armonización de las legislaciones internas de los Estados miembros a través de Directivas (en materia de marcas, invenciones biotecnológicas y derechos de autor fundamentalmente.) Y por otro lado, como herramientas de promoción de ese mercado único sin fronteras interiores, se han creado -a través de Reglamentos comunitarios- derechos exclusivos comunitarios, como sucede con la marca comunitaria, los dibujos y modelos y las obtenciones vegetales comunitarios, concedidos por una única oficina europea y con eficacia en todos los territorios de los Estados miembros de la CE.

La institución del agotamiento comunitario de los derechos exclusivos, facilita la libre circulación de mercancías que incorporan derechos de propiedad intelectual por todo el territorio comunitario, ya que el derecho a controlar la distribución de las mercancías se agota con la primera venta u otra forma de transmisión de la propiedad por parte del titular o de un tercero con su consentimiento, siendo posibles incluso las importaciones paralelas entre Estados de la Comunidad.

La armonización y el grado de protección tiende a ser más básica en los acuerdos de comercio multilaterales de aspiración universalista, como el *"Acuerdo relativo a los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio"* (ADPIC o TRIPs) producido en el seno de la OMC.

Aunque sin duda este acuerdo refuerza considerablemente el compromiso adquirido por los Estados firmantes si se le compara con los viejos Convenios del siglo XIX, como veremos a continuación.

Y puede decirse que existirá un grado medio de armonización y protección en los tratados de libre comercio bilaterales, como sucede, por ejemplo, con el *"Acuerdo suscrito entre el Gobierno de la Republica de Nicaragua y el Gobierno de los Estados Unidos de América, de 7 de enero de 1998, acerca de la protección de los derechos de propiedad intelectual"*. También en los acuerdos de libre comercio multilaterales regionales, como puede ser el *"Tratado de Libre Comercio entre EE.UU y Chile"*, el *"Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre EE.UU, México y Canadá"* (TLCAN o NAFTA) o el (proyecto) *"Tratado de Libre Comercio entre EE.UU y Centroamérica"* (TLC-CA o CAFTA).

En estos tratados bilaterales y multilaterales regionales se tiende a reforzar el compromiso adquirido por las partes en Convenios universalistas, con algunas obligaciones adicionales, normalmente impuestas por la parte contratante más fuerte para imponer su industria sobre la de las partes más débiles, concediendo a cambio algunas prerrogativas en materia arancelaria o en otros aspectos.

En definitiva, a medida que se han ido intensificando las relaciones comerciales internacionales y conformándose el fenómeno de la interdependencia de mercados, se ha ido consolidando también la necesidad (para los países desarrollados) de conseguir regulaciones uniformes en lo sustancial, para lo cual debía obtenerse el compromiso firme de los países en vías de desarrollo de adaptar sus legislaciones internas y su estructura administrativa (*cfr.*, Oficinas de registro de derechos de propiedad intelectual); reforzado además con la amenaza de graves sanciones para el caso de incumplimiento.

Así, los operadores económicos internacionales podrían ver protegidos sus derechos de propiedad intelectual en cualesquiera otros países, dando vía libre a la comercialización de sus mercancías y servicios en régimen de exclusiva y también evitando el riesgo de piratería, procedente las más de las veces de países en desarrollo.

Para conseguir este objetivo se promulgó el *"Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio"* (TRIPs

o ADPIC), que figura como Anexo 1C del Tratado de Marrakech de 1994, constitutivo de la Organización Mundial del Comercio.

Posteriormente, en el seno de organizaciones regionales como la UE y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI/WIPO) han ido aprobándose distintos Tratados internacionales para mejorar y facilitar el registro de derechos de propiedad intelectual en los diferentes países firmantes y facilitar así la expansión de los derechos de propiedad intelectual a otros países.

A pesar de la armonización sustantiva lograda con el Convenio ADPIC, el principio de territorialidad sigue vigente para los derechos de propiedad industrial; esto es la protección otorgada por cada legislación particular se extiende exclusivamente al territorio nacional, por lo que será necesario seguir el procedimiento administrativo establecido por cada legislador para conseguir la protección de un derecho concreto en un territorio determinado, elevando así considerablemente los costes cuando se desea obtener la protección en varios territorios al mismo tiempo.

Para superar este obstáculo la OMPI ha promulgado nuevos Tratados destinados a homogeneizar los requisitos formales y procedimientos administrativos necesarios para la solicitud y adquisición de derechos exclusivos de patente y de marca: el *“Tratado OMPI de Marcas”*, de 27 de octubre de 1994, y el *“Tratado OMPI de Patentes”*, de 1 de junio de 2000 (que todavía no ha entrado en vigor.)

Y también ha elaborado nuevos Tratados con la única finalidad de permitir tramitar la adquisición de derechos en varios territorios con la presentación de una única solicitud. Se trata del *“Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas”*, hecho en Madrid el 14 de abril de 1891 y revisado en Estocolmo en 1967 (también su Protocolo hecho en Madrid el 28 de junio de 1989); del *“Tratado de Cooperación en Materia de Patentes”* (PCT), hecho en Washington el 19 de junio de 1970 y modificado por última vez el 3 de octubre de 2001; también el *“Tratado sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes”*, hecho en Budapest el 28 de abril de 1977 y enmendado el 23 de septiembre de 1980; el *“Arreglo de Lisboa relativo a la protección de denominaciones de origen y su registro internacional”*, de 31 de octubre de 1958, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979; finalmente, el *“Arreglo de la Haya relativo al depósito internacional de dibujos y modelos industriales”*, de 6 de noviembre de 1925, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

Y también desde la OMPI se han promulgado Convenios para adaptar la protección de los derechos de autor y los derechos conexos al nuevo entorno digital que ha dado paso a la sociedad de la información, reforzando así las obligaciones de protección recogidas en el ADPIC sobre la materia.

Se trata del “*Tratado OMPI sobre derechos de autor*” (TODA) y del “*Tratado OMPI sobre intérpretes, ejecutantes y fonogramas*” (TOIEF), celebrados en Ginebra en 1996.

### **3. El Acuerdo ADPIC: Libre Comercio y Desarrollo en un Mundo Global**

Con el “*Acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*” (ADPIC), incluido como anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, se regulan por primera vez los derechos de propiedad intelectual dentro de un convenio multilateral universalista de libre comercio.

La justificación reside, exclusiva o preponderantemente, en la defensa de los intereses de los países desarrollados (y de su industria tecnológica y de contenidos), que ven cómo sus balanzas de pagos se ven perjudicadas por la utilización libre que se hace en los países en desarrollo de sus productos y creaciones protegidos por derechos exclusivos, al carecer éstos de legislaciones sobre la materia o al ser éstas muy deficientes.

En un proceso creciente de intercambio comercial internacional, donde muchas de las mercancías son objeto de protección por derechos de propiedad intelectual, la exportación resultaba deficitaria porque estos países podrían copiar libremente y a muy bajo precio (pues también lo es la mano de obra) esas creaciones y productos, bien para consumo interno o bien para su exportación a otros países, incluidos los países de procedencia de los mismos.

El Tratado ADPIC supone la plasmación en un Convenio multilateral global de las prácticas comerciales que venían desarrollando los grandes países desarrollados (con especial intensidad los EE.UU) en sus relaciones con países en desarrollo a través de Convenios bilaterales: ofrecer la posibilidad del intercambio comercial con reducción arancelaria a cambio de una protección eficaz de los derechos de propiedad intelectual, sustento de la tecnología y los bienes culturales y de entretenimiento, que constituyen uno de los principales capítulos exportadores de los países desarrollados.

Así pues, el objetivo principal del ADPIC, impulsado desde los países industrializados, no es otro que el de forzar a los países en desarrollo a

reforzar la protección de la propiedad intelectual en sus territorios -tomando como referencia las normas de los países desarrollados- a cambio de ofrecer mayores y mejores posibilidades para la exportación de sus productos al mundo desarrollado, ofreciendo reducciones arancelarias e incluyendo el compromiso de los países desarrollados de reducir o suprimir las subvenciones públicas al sector agropecuario.

Para ello, las reglas del ADPIC sobre los diferentes derechos de propiedad intelectual, aunque siguen siendo "*de minimis*", refuerzan estratégica y considerablemente las obligaciones de protección que deben asumir los países en vías de desarrollo.

Frente a la débil protección de los anteriores convenios internacionales sobre propiedad intelectual, el Convenio ADPIC -integrado, a diferencia de los anteriores, dentro de un Convenio multilateral cuasi-global de comercio- impone a todos los Estados firmantes la obligación de establecer en sus respectivos ordenamientos una regulación sustantiva más completa de los derechos de propiedad intelectual, definiendo de manera precisa los bienes e intereses objeto de protección, los requisitos y alcance mínimo de la protección y los derechos que deben atribuirse a los titulares. Una regulación, en definitiva, coincidente en lo sustancial con la consolidada ya en los países desarrollados.

En concreto, el ADPIC establece principios y reglas concretas para proteger: los derechos de autor y derechos conexos (artículos 9-14); las marcas de fábrica o de comercio (artículos 15-21); indicaciones geográficas (artículos 22-24); dibujos y modelos industriales (artículos 25-26); patentes (artículos 27-34); esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados (artículos 35-38.) A las cuales se suman reglas relativas a la protección de la información no divulgada (secreto empresarial) contra la competencia desleal (artículo 39), así como al control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales (artículo 40).

Así, partiendo de los principios básicos de trato nacional y nación más favorecida (cfr., artículos 3 y 4), se consigue como resultado final una armonización cuasi-universal en los aspectos más básicos y necesarios de la protección de la propiedad intelectual, con el objetivo declarado de "*contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones*" (cfr., artículos 7).

Podrá observarse que esta declaración de principios coincide sustancialmente con los objetivos de política-económica en los que se viene sustentando tradicionalmente la protección de la propiedad intelectual en los países desarrollados (vid. supra, I.) Pero bajo ese manto de la innovación y la difusión tecnológica (en el que debería haberse incluido también la promoción creativa y la difusión de la cultura) en beneficio del bienestar y el progreso, se esconde realmente la intención de facilitar la expansión comercial de los países desarrollados a los mercados en desarrollo, garantizando la seguridad jurídica en la protección de sus derechos exclusivos (que recaen precisamente sobre muchos de los bienes y servicios exportados a terceros países).

Objetivo que se consigue, además, gracias a los sistemas de control y de sanción del cumplimiento de las obligaciones incluidos en el propio ADPIC bajo la forma de un sistema de prevención y solución de diferencias (cfr., artículos 63 y 64).

Según este sistema, cada Estado miembro deberá publicar las leyes de desarrollo de las obligaciones de protección asumidas en el Tratado y notificarlas al Consejo de los ADPIC, obligándose además a informar sobre su legislación a otros Estados contratantes que lo soliciten (art. 63.) Cuando un Estado miembro considere que otro firmante está incumpliendo sus obligaciones de protección de los derechos de propiedad intelectual, podrá pedir la formación de un panel de expertos en el seno de la OMC para que enjuicie si esa infracción se ha producido o no; en caso de respuesta afirmativa, el Estado denunciante podrá adoptar medidas de represión comercial contra el Estado infractor (artículo 64).

Por lo demás, el hecho de incluir la regulación de la propiedad intelectual dentro de un Tratado de comercio, como el de la OMC, debería servir para establecer las medidas necesarias destinadas a impedir trabas a la libre circulación de mercancías por todos los territorios firmantes del Convenio. No parece que pueda existir un mercado global sin libre circulación de mercancías. Para conseguirlo debería haberse reconocido el *agotamiento internacional de los derechos de propiedad intelectual*; de manera que un producto -protegido por derechos de propiedad intelectual- puesto en circulación en el mercado por su titular o por un tercero autorizado, pudiera circular libremente por los distintos territorios de la OMC por haberse agotado el derecho a controlar su distribución con la primera comercialización del mismo.

Sin embargo, el artículo 6 ADPIC se limita a dejar a la libre decisión de los Estados el establecimiento o no del principio del agotamiento internacional en sus legislaciones nacionales. Y eso, a pesar de que el Preámbulo del

ADPIC muestra como primer deseo de los Estados firmantes el de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo. Parece, pues, que los Estados desarrollados no están dispuestos a permitir las importaciones paralelas hacia sus países, de productos procedentes de países en desarrollo, donde los precios de mercado probablemente serán inferiores. Así, valiéndose de la protección territorial reforzada conseguida con el ADPIC, los titulares de derechos podrán prohibir que productos comercializados en un territorio concreto directamente por ellos o por un tercero con su consentimiento, puedan ser exportados libremente (sin su autorización) por un tercero adquirente de los productos protegidos por esos derechos hacia otro territorio donde también tengan reconocidos derechos exclusivos.

De esta forma, el control ejercido por los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre la circulación de los productos protegidos con los mismos, no se corresponde con el deseo de liberalización del comercio presente en el Convenio de la OMC.

En definitiva, a pesar de la armonización conseguida en materia de propiedad intelectual, no puede decirse que exista un mercado global uniforme y armónico. Al contrario, existen mayores posibilidades para el comercio, pero las diferencias entre mercados de los países desarrollados y los mercados de los países en vías de desarrollo son ostensibles. Y puede decirse que, a pesar de sus efectos intrínsecamente beneficiosos para el fomento de la creación, la innovación y el desarrollo tecnológico y cultural, los derechos de propiedad intelectual pueden hacer aún más acusadas esas diferencias entre países ricos y pobres.

Así es, los objetivos de política económica asociados a la propiedad intelectual en países desarrollados no son válidos en todos sus aspectos para países que no disponen de recursos, de tecnología ni de tejido industrial adecuados para impulsar la creación y la innovación.

Los países industrializados han impuesto abruptamente a los países menos desarrollados una normativa muy exigente que ellos sólo implementaron plenamente tras un largo siglo de evolución industrial y tecnológica.

La rigidez con que se impone la protección de la propiedad intelectual a todos los firmantes del ADPIC, hace que algunos de estos derechos -en lugar de herramientas de desarrollo y progreso- se estén convirtiendo en instrumentos de opresión de las economías fuertes contra las más débiles.

No parece que las moratorias para la aplicación del Convenio concedidas a los países en desarrollo (artículo 65.4) y a los países menos adelantados (artículo 66), sean suficientes para que estos países puedan experimentar



un crecimiento tecnológico que les permita competir en el mercado global; ni siquiera con la cooperación técnica de los países desarrollados (art. 67.)

Resulta, pues, que las legislaciones sobre derechos de autor y conexos, patentes, marcas, diseños, etc. implementadas en los países en desarrollo benefician sobre todo a las empresas extranjeras que quieren proteger sus creaciones, productos y servicios en los territorios de esos países, copando prácticamente sectores completos del mercado con sus derechos de monopolio e impidiendo así el desarrollo tecnológico local.

El resultado final es que los derechos de propiedad intelectual se convierten *de facto*, en muchas ocasiones, en mecanismos de dominación tecnológica y cultural para los países desarrollados. En obstáculos para el desarrollo de los países más pobres y con menos recursos económicos, tecnológicos y humanos.

Estos efectos negativos de la férrea protección de la propiedad intelectual derivada del ADPIC se dejan sentir especialmente en el campo de las patentes farmacéuticas, pues ha quedado demostrado que los países más pobres carecen de recursos para adquirir los medicamentos patentados necesarios para luchar contra enfermedades gravísimas como el SIDA, la malaria o la tuberculosis.

Es cierto que en el ADPIC se hacen referencias a los objetivos de desarrollo y que se permite a los países menos desarrollados la posibilidad de realizar aplicaciones de las obligaciones legislativas asumidas con la máxima flexibilidad requerida para que esos países estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y fiable (cfr., Preámbulo ADPIC.) En concreto, se formulan como principio básico del Convenio que los miembros, al formular o modificar sus Leyes y Reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo económico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo (cfr., artículo 8.1).

Por ejemplo, en materia de patentes (sin duda el sector más sensible a los problemas de desarrollo), el artículo 27.1 ADPIC establece que las patentes, sean de productos o de procedimientos, podrán obtenerse para todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva (que no sean evidentes) y que sean susceptibles de una aplicación industrial (que sean útiles.) A continuación el artículo 27.2 establece que los Estados miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las

personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación está prohibida por su legislación. Además el artículo 27.3 ADPIC permite de forma expresa la exclusión de la patentabilidad a determinadas invenciones (métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales, las plantas y animales -excepto microorganismos- y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales.) Tampoco pueden desconocerse las posibilidades conferidas por las licencias obligatorias, que permiten a los Estados utilizar patentes ajenas sin autorización de sus titulares cuando lo consideren necesario para los intereses generales (cfr. artículo 31).

Pero no es menos cierto, en cualquier caso, que la mayoría de los países en desarrollo no han sabido explotar en sus legislaciones estas posibilidades que el ADPIC parece proporcionales para defender sus intereses públicos. Antes bien, muchos países en desarrollo han elaborado legislaciones con un altísimo nivel de protección de la propiedad intelectual ignorando por completo sus propias circunstancias tecnológicas y administrativas y sus propios intereses como nación.

Parece claro, entonces, que muchos países en desarrollo aceptaron las obligaciones impuestas por el ADPIC de manera absolutamente irreflexiva, deslumbrados quizás por los hipotéticos beneficios que la liberalización comercial podría suponer para su economía en sectores como la agricultura, la ganadería o la artesanía tradicional.

Eso pudo deberse, seguramente, a un escaso -por no decir nulo- debate interno en sede parlamentaria. A cierto "seguidismo" de posiciones ultraliberalistas -propias de algunos países desarrollados- que frecuentemente ven en el libre comercio la única salida al desarrollo y al progreso. Y a una débil capacidad negociadora, motivada en buena parte por la disgregación endémica del mundo menos desarrollado: profundizar en procesos de integración regional debería ser una condición necesaria para entablar negociaciones con países desarrollados, actuando con una sola voz para satisfacer de la manera más proporcionada posible los distintos intereses representados por cada Estado integrado.

Pero el problema adquiere tintes aún más graves para los países más pobres, que no disponen de medios ni para adquirir medicamentos o productos químicos a precios de mercado (global) que les permitan combatir sus males endémicos (enfermedades y plagas).

En suma, los países en desarrollo deberían pensar cómo beneficiarse de esas excepciones para corregir los desequilibrios causados en sus

territorios por una protección excesiva de la propiedad intelectual que sólo beneficia a los operadores económicos extranjeros.

#### **4. La propiedad intelectual en Tratados bilaterales y regionales de libre comercio: Nicaragua y el CAFTA**

El objetivo perseguido con el ADPIC, de ampliar las normas mínimas de protección de la propiedad intelectual, se fortalece aún más por medio de Convenios bilaterales y multilaterales de libre comercio entre países desarrollados y países en desarrollo, donde se impone a los países más pobres la obligación de incrementar considerablemente su legislación de propiedad intelectual (muy por encima de las obligaciones mínimas impuestas por los convenios multilaterales) a cambio de facilitar la exportación de productos autóctonos hacia mercados desarrollados.

Así, los países industrializados utilizan los derechos de propiedad intelectual como “arma arrojadiza” en sus relaciones comerciales con países en desarrollo. A cambio de algunas (no demasiado visibles) concesiones, consiguen el marco jurídico adecuado para poder exportar e imponer en esos países su tecnología y sus bienes culturales.

El “*Acuerdo bilateral entre la República de Nicaragua y el Gobierno de los EE.UU acerca de la protección de los derechos de propiedad intelectual*”, de 7 de enero de 1998, y el “*Tratado multilateral regional de Libre Comercio entre Centroamérica, la República Dominicana y los EE.UU*”, constituyen un buen ejemplo de esta política.

Las modernas leyes sobre Derechos de Propiedad Intelectual promulgadas en muchos países en desarrollo, que destacan por su mimetismo con buena parte de las legislaciones de países industrializados, no responden solamente a las obligaciones asumidas en el Convenio ADPIC, sino también a obligaciones de establecer una protección mayor pactada con países desarrollados mediante Acuerdos bilaterales y regionales.

#### **5. El acuerdo bilateral entre la República de Nicaragua y el Gobierno de los EEUU acerca de la protección de los derechos de propiedad intelectual**

En virtud de este Convenio, que viene a complementar las obligaciones impuestas por el ADPIC, cada una de las Partes, aplicando el principio de trato nacional, otorgará en su territorio a los nacionales de la otra Parte protección y defensa adecuadas y eficaces de los derechos de propiedad intelectual, asegurándose a la vez de que las medidas destinadas a proteger y defender esos derechos no se conviertan en obstáculos al comercio legítimo.

Para ello, se establece el compromiso de adherirse (caso de que no lo hubieran hecho ya) a los principales Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos de propiedad intelectual (CB, CUP, UPOV, etc.) y se establece que cada Parte podrá otorgar en su legislación interna una protección a los derechos de propiedad intelectual más amplia que la requerida en esos convenios y en acuerdo bilateral por el que se compromete.

Este Acuerdo obliga a establecer una protección más amplia y precisa de los distintos derechos de propiedad intelectual, incluyendo medidas adicionales para proteger los derechos exclusivos frente a los riesgos de la tecnología digital y las comunicaciones telemáticas, no contemplados en el ADPIC.

Así, a modo de ejemplo, se contempla la obligación de reconocer a los autores y titulares de derechos conexos el derecho de puesta a disposición interactiva para controlar la difusión de contenidos protegidos a través de Internet, incorporando así los Tratados OMPI de la agenda digital de 1996. También se refuerza considerablemente la duración de los derechos de autor y conexos en comparación con el ADPIC (artículo 4).

También se establece la obligación de tipificar como delito la fabricación de dispositivos que sirvan para descodificar señales codificadas de satélite portadoras de programas sin la autorización del distribuidor legítimo de esa señal, así como la recepción o retransmisión de señales codificadas de satélite que se hayan descifrado sin la autorización del distribuidor de la señal, otorgando además la posibilidad de ejercitar acciones de responsabilidad civil contra quienes participen en esos actos ilícitos (artículo 4).

En materia de marcas se establece la obligación de reconocer marcas de producto y de servicios y no se supedita el registro del signo al uso previo del mismo en el mercado de referencia, ni tampoco al uso posterior a la solicitud, con lo cual se facilita el registro de marcas en el territorio de la otra parte. No obstante, sí que se supedita el mantenimiento del registro al uso efectivo de la marca en el periodo establecido en la norma (artículo 5). Se dispone también una protección más reforzada para las indicaciones geográficas (artículo 6), lo cual suele ir en beneficio del país menos desarrollado, pues no existe demasiada tradición al respecto en los EE.UU.

En materia de patentes (artículo 7), esquemas de productos semiconductores (artículo 8), secretos industriales (artículo 9) y diseños industriales (artículo 10), coincidiendo en lo sustancial con lo previsto en el ADPIC y en los Tratados internacionales específicos correspondientes.

Se incluyen también medidas procesales de defensa de los derechos exclusivos (artículos 11 y ss.) que coinciden sustancialmente con lo dispuesto en el ADPIC, incluyendo procesos civiles y penales, medidas cautelares (precautorias) y medidas en frontera.

Finalmente, se establece que si el Acuerdo bilateral exige un nivel de protección mayor para los derechos de propiedad intelectual respecto al preexistente en la legislación nacional, cada una de las Partes deberá reforzar la protección para los derechos que ya existieran con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo, así como de los derechos que pudieran originarse después del mismo (cfr., artículos 16.)

#### **6. El Tratado multilateral regional de Libre Comercio entre Centroamérica, la República Dominicana y los EE.UU (TLC-CA/CAFTA)**

El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y EE.UU, cuya aprobación por los distintos Estados implicados se discute en la actualidad, viene a añadir nuevas obligaciones en materia de propiedad intelectual para los países firmantes, respecto a las ya asumidas en virtud del ADPIC y de convenios bilaterales.

Nuevamente los EE.UU aprovechan su posición económica preeminente para exigir una protección más rigurosa de los derechos de propiedad intelectual a cambio de un grado mayor de liberalización del comercio y de ciertas concesiones arancelarias y en materia agrícola y ganadera.

Entre los objetivos del CAFTA expresados en el Preámbulo se incluyen: la creación de un mercado más amplio y seguro para las mercancías y los servicios reconociendo las diferencias en el nivel de desarrollo y en el tamaño de las economías de los países firmantes; garantizar un marco comercial previsible para la planificación de las actividades de negocios e inversión; fortalecer la competitividad de sus empresas en los mercados globales; estimular la creatividad y la innovación y promover el comercio de mercancías y servicios que sean objeto de derechos de propiedad intelectual; crear nuevas oportunidades para el desarrollo económico y social en la región.

En el CAFTA los derechos de propiedad intelectual ocupan un pequeño capítulo (nº 15) entre las numerosas materias objeto de negociación (medidas sanitarias y fitosanitarias, contratación pública, comercio de servicios y servicios financieros, telecomunicaciones, aspectos laborales, comercio electrónico, medio ambiente, agricultura, etc.) Sin embargo, eso no desmerece su trascendencia global en el conjunto del Acuerdo. De hecho, puede decirse que las disposiciones sobre propiedad intelectual afectan directa o indirectamente a otras materias presentes en el Tratado.

Naturalmente, esa trascendencia es mucho mayor para los EE.UU que para los países centroamericanos. La razón es muy sencilla: EE.UU es el mayor importador del mundo y los países centroamericanos ven el mayor beneficio del Tratado en la posibilidad de exportar productos agrícolas, textiles y algunos productos industriales y bienes de equipo en condiciones arancelarias favorables y asimétricas con la exportación de los mismos productos por los productores estadounidenses; también se piensa que los consumidores podrán obtener productos de alta calidad a mejores precios; en cambio, para EE.UU uno de los mayores beneficios es, por un lado, poder exportar con mayor facilidad alta tecnología y bienes culturales y de entretenimiento en condiciones preferentes y mejores que sus competidores directos (UE, Japón), y por otro lado el disponer de las garantías jurídicas adecuadas para hacer valer sus derechos en esos territorios y poder luchar eficazmente contra la piratería informática e industrial.

El CAFTA recoge una serie de *disposiciones generales* para la aplicación de la protección prevista en el mismo en relación con los distintos derechos de propiedad intelectual (artículo 15.1).

Entre otras cuestiones se obliga a las partes que no lo hubieran hecho ya a acceder o ratificar -con la entrada en vigor del CAFTA- los Tratados OMPI de 1996 para la adaptación de la normativa de derechos de autor y derechos conexos al entorno digital, así como -antes del 1 de enero de 2006- el Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT) y el Tratado de Budapest sobre depósito de microorganismos. Antes del 1 de enero de 2008, el Convenio de distribución de señales de satélite portadoras de programas, el Tratado sobre derecho de marcas y el Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales (para Nicaragua no antes de 2010), salvo que se otorgue protección mediante patente a las plantas. Además, cada Parte hará todos los esfuerzos razonables para ratificar o acceder al Tratado sobre derecho de patentes, al Arreglo de la Haya sobre el depósito internacional de diseños industriales y al Arreglo de Madrid sobre el registro internacional de marcas. Además todas las partes ratifican sus compromisos bajo el acuerdo ADPIC.

Se invoca nuevamente el principio de trato nacional, con algunas excepciones puntuales. Se establece el compromiso de aplicar la nueva regulación a toda materia que tenga protección con la entrada en vigor del Tratado. Se obliga a publicar y aportar información sobre las leyes y reglamentos relativos a los derechos de propiedad intelectual. Se declara que ninguna norma del Tratado impedirá a cada Parte adoptar medidas para prevenir prácticas anticompetitivas que pudieran resultar del abuso

de derechos de propiedad intelectual. Y finalmente se pacta la colaboración para difundir la propiedad intelectual, educar e informar al respecto, capacitación en intercambio de información entre oficinas de registro, y aumento en la utilización de sistemas electrónicos para la administración de la propiedad intelectual.

En cuanto a la *protección prevista para los distintos derechos exclusivos*, puede decirse que, sobre la base del ADPIC y de algunos Convenios bilaterales anteriores, el CAFTA busca definir mejor y reforzar en algunos aspectos la protección, incluyendo como novedad la adaptación de los derechos exclusivos a las circunstancias derivadas de la tecnología digital y las redes telemáticas como Internet, así como una protección más intensa de las patentes en general y, fundamentalmente, de las patentes sobre productos farmacéuticos y químico-agrícolas.

En materia de *marcas* (artículo 15.2) destaca la obligación (no prevista en el ADPIC) de proteger las marcas sonoras y las marcas olfativas (descartadas expresamente en la Unión Europea), además de proteger las indicaciones geográficas. Se exige además que la protección de la marca notoriamente conocida, registrada o no, ex artículo 6 bis CUP, se aplique también, *mutatis mutandis*, a productos o servicios que no sean idénticos o similares a los distinguidos por la marca, ampliando así el ámbito de protección fuera del principio de especialidad. También destacan sobre Convenios anteriores, algunas obligaciones en relación con el registro de marcas y la obligación de cada Parte de proporcionar un sistema electrónico para facilitar el funcionamiento del registro de marcas, incluyendo una base de datos pública donde consten las solicitudes y registros de marcas. No podrá exigirse el registro de las licencias de marcas para establecer su validez o para afirmar cualquier derecho de marca.

En relación con las *indicaciones geográficas* (artículo 15.3) se obligan expresamente a poner los medios necesarios para identificar y proteger las indicaciones geográficas de las otras partes del Convenio (algo que favorece especialmente a los países en desarrollo), así como favorecer su solicitud y registro, salvo que la indicación sea confusamente similar a una solicitud de marca o una marca anterior.

Como novedad absoluta el CAFTA y con la finalidad de luchar contra la piratería cibernética de marcas (ciberocupación o "*cybersquatting*"; y también de derechos de la personalidad, como nombres de personajes famosos o denominaciones de personas jurídicas) obliga a las partes a disponer de procedimientos apropiados de solución de controversias provocadas por el registro y uso de *nombres de dominio de Internet* bajo el ccTLD de cada país

parte, basándose en los principios establecidos en la política uniforme de solución de controversias (UDRP) de la ICANN (artículo 15.4).

También se incluyen importantes novedades en materia de *derechos de autor y derechos conexos* (artículo 15.5), pues se realizan los ajustes necesarios para adaptar la protección preexistente en cada país a las condiciones de la nueva era digital. En concreto, de conformidad con las exigencias de los Tratados OMPI de 1996, deberá incluirse el derecho a prohibir la reproducción de obras y prestaciones afines en cualquier forma, permanente o temporal, incluyendo las reproducciones electrónicas incluso de almacenamiento temporal. También se obliga a reconocer a los autores y titulares de derechos conexos el derecho a prohibir la comunicación al público de sus obras o prestaciones, por medios alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición interactiva o a la carta (cfr., artículos 15.6 y 15.7). En consonancia también con los Tratados OMPI 1996, se obliga a dar protección (incluso penal) contra los actos de elusión de medidas tecnológicas y de sistemas de información sobre la gestión de derechos que, en su caso, fueran implementadas por los titulares de los derechos de autor y afines sobre obras y prestaciones en formato digital en línea o fuera de línea, incluyendo una lista de excepciones que permiten la elusión para actos puntuales. Finalmente puede destacarse que las partes no podrán imponer formalidades para el goce y disfrute de estos derechos, ampliándose además la protección a la vida del autor y setenta años tras su muerte y setenta años tras la publicación autorizada de la obra o prestación (plazo éste excesivamente generoso con los intereses de los titulares).

Se contempla también la obligación de tipificar penalmente y establecer recursos civiles indemnizatorios contra los actos de fabricación de dispositivos que sirvan para decodificar *señales de satélites codificadas portadoras de programas* sin autorización de su legítimo titular, así como la recepción y difusión dolosa de una señal sabiendo que ha sido decodificada sin autorización (artículo 15.8).

En materia de *patentes* (artículo 15.9) se confirma el criterio del artículo 27.1 ADPIC de extender la protección a todos los campos de la tecnología, siempre que la invención sea nueva, entrañe una actividad inventiva (no evidente) y sea susceptible de aplicación industrial (útil); algo que, salvo prohibición expresa en la legislación nacional, puede dar entrada a la patentabilidad de los programas de ordenador y de los métodos de negocio, como viene haciéndose ya desde hace tiempo en EE.UU. Sin perjuicio de las facultades que el artículo 27.3 ADPIC otorga a los Estados miembros para excluir de la patentabilidad las plantas y los animales, y



en cierta contradicción con esa facultad, se insiste en la necesidad de otorgar protección mediante patentes a las plantas y a los animales (artículo 15.9.2 CAFTA.) Cuestión distinta es la protección de las obtenciones vegetales, que según el artículo 27.3 b) ADPIC podrá hacerse mediante patente o mediante una protección *sui generis* (títulos de obtención vegetal; en este sentido, el CAFTA obliga a las partes firmantes a ratificar el CUPOV de 1991 o Convenio para la protección de las obtenciones vegetales, reconociendo la licitud de excepciones o privilegios para los agricultores, restricciones al derecho por razones de interés público, así como la capacidad de cada Parte de proteger y conservar sus recursos genéticos de manera compatible con la protección de las variedades vegetales; excepciones importantes para los países en desarrollo, pues una protección excesivamente rigurosa puede ir en detrimento de su patrimonio biológico, ya que puede ser explotado por los países con más tecnología, y también de los intereses de sus agricultores. Se prevé también que si una autoridad nacional concede licencias obligatorias para obtener la información necesaria con vistas a la aprobación de una comercialización de un producto farmacéutico, químico o agrícola, deberá garantizarse que el producto en cuestión no se fabricará, utilizado o vendido hasta que la patente no haya expirado. También, de conformidad con lo previsto genéricamente en el artículo 62.2 ADPIC, se refuerza el plazo de duración de la patente, estableciendo que deberán compensarse los retrasos irrazonables en el otorgamiento de la patente (cinco años desde la solicitud o tres desde que se pidió el examen), así como las reducciones irrazonables en el plazo de duración de patentes farmacéuticas como resultado del proceso de aprobación de la comercialización. Finalmente, se precisan las previsiones del artículo 39.3 ADPIC, para evitar que se pueda utilizar la información aportada a organismos reguladores para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos y químicos agrícolas, con la intención de fabricar y comercializar productos similares (genéricos) basados en los principios inventivos de los primeros; así se establecen plazos concretos de protección de la información no divulgada (cinco años en los productos farmacéuticos y de diez años en los productos químicos agrícolas a contar desde la fecha en que fuera aprobada la comercialización de esos productos), transcurridos los cuales esa información pasará al dominio público, de manera que se podrá investigar para ir preparando la fabricación y comercialización de medicamentos y productos químicos genéricos cuando caduque la protección de la patente.

El CAFTA intensifica también las obligaciones de las partes para el establecimiento de medidas, recursos y procesos civiles y penales adecuados y transparentes para combatir los ilícitos contra la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones (artículo 15.11) Se quiere luchar activamente, mediante procedimientos y recursos penales, contra la falsificación dolosa de marcas y contra la piratería lesiva de derechos de autor y conexos.

Destaca en este sentido lo dispuesto en el artículo 15.11.26 a), según el cual la piratería lesiva de derechos de autor o derechos conexos a escala comercial incluye la infracción dolosa significativa de tales derechos con el fin de obtener una ventaja comercial o ganancia económica privada, así como la infracción dolosa que no tenga una motivación directa o indirecta de ganancia económica, siempre que cause un daño económico mayor a una infracción de poco valor. Da la sensación de que se quieren poner las bases jurídicas para criminalizar y combatir no sólo la piratería profesional (lucrativa), sino también lo que se puede denominar piratería doméstica, es decir la que consiste en la descarga masiva de contenidos protegidos por parte de los usuarios particulares a través de programas "*peer to peer*" o P2P de intercambio de archivos. Se estaría trasladando así al CAFTA los precedentes judiciales estadounidenses por los que se condena a usuarios concretos por descargas masivas de contenidos protegidos a través de estos programas.

En relación con lo anterior el artículo 15.11.27 establece que las partes deberán introducir incentivos legales para que los proveedores de servicios de Internet ("*routing*", "*caching*", "*hosting*", "*hyperlinking*") colaboren con los titulares de derechos de autor y conexos en disuadir el almacenaje y transmisión no autorizada de materiales protegidos, incluyendo también limitaciones a la posible responsabilidad de estos intermediarios cuando a través suyo se cometan infracciones a los derechos de autor que no estén bajo su control. No se aplicarán estas limitaciones si los prestadores de servicios inician la cadena de transmisión del material sin seleccionar el mismo ni a sus destinatarios. En este caso se está trasladando al CAFTA la normativa introducida en la U.S. Copyright Act (Sect. 512d) mediante la Digital Millenium Copyright Act de 1998 en materia de responsabilidad de prestadores intermediarios de servicios en línea, que excluye la responsabilidad si se responde diligentemente por el intermediario ante la notificación o conocimiento de que está dando difusión a contenidos ilícitos.

En fin, una excesiva y rigurosa protección de la propiedad intelectual para los países en desarrollo, sin contemplar en la normativa sus necesidades básicas, puede facilitar el libre comercio para los países

desarrollados, pero será difícil que pueda incentivar la creación e innovación y mucho menos facilitar el desarrollo de los países más pobres. Al contrario, sin especificar las necesarias asimetrías y desigualdades se puede obstaculizar gravemente el desarrollo local en bienes tecnológicos y culturales.

Parece evidente que las rigurosas imposiciones en materia de propiedad intelectual recogidas en el CAFTA responden principalmente (por no decir exclusivamente) a los intereses de la industria estadounidense de la tecnología y el entretenimiento; y en concreto a la industria química, farmacéutica y a los nuevos prestadores de contenidos en línea a través de Internet.

Son importantes también en este punto las medidas adoptadas en materia de comercio electrónico (Capítulo 14), fundamentalmente en materia de aranceles e impuestos sobre productos y servicios electrónicos.

Es un tratado que sólo busca el libre comercio, imponiendo en materia de propiedad intelectual los intereses económicos de EE.UU. En muy poco puede contribuir al desarrollo de los países centroamericanos, si éstos no toman medidas protectoras de sus intereses en materia de salud, agricultura, patrimonio biológico, etc.

Además, no se entiende un tratado de libre comercio (con miras a la globalización económica) sin agotamiento de los derechos exclusivos de propiedad intelectual que permitan la libre circulación de las mercancías. Agotamiento que en ningún momento se menciona, ni en sede de marcas, ni de derechos de autor y conexos ni de patentes u otros derechos. Parece pues, que se quiere impedir que productos comercializados en países en desarrollo a precios de mercado inferiores a los del mercado del país desarrollado, puedan ser exportados nuevamente hacia ese mercado por operadores locales, aprovechando las diferencias de precios.

Existe además el riesgo para los países en desarrollo de que el registro masivo de derechos exclusivos por parte de los países desarrollados impida, a la postre, la investigación y la comercialización de nuevos productos nacionales (patentes), el aprovechamiento propio de los recursos biológicos y genéticos (variedades vegetales), la explotación de su folklore (derechos de autor). Además, si no se dotan los medios humanos y técnicos necesarios, las Oficinas de Registro pueden contribuir a ese efecto negativo, ya que la falta de medios facilita el registro rápido y poco riguroso de derechos exclusivos (patentes blandas, signos confundibles, etc.), lo cual supone un obstáculo al buen funcionamiento del mercado.

En suma, un elevado grado de protección de la propiedad intelectual sin contemplar excepciones que sirvan para proteger los intereses específicos del país en desarrollo, puede perjudicar gravemente el desarrollo tecnológico, cultural y económico del mismo y decantar la imposición absoluta de la tecnología y la cultura del país dominante en el mercado.

#### **7. Algunos ejemplos del impacto de la propiedad intelectual sobre el desarrollo**

La experiencia demuestra que la armonización de la propiedad intelectual en las legislaciones internas sólo beneficia a los países desarrollados, ampliando aún más las ya de por sí notables diferencias entre éstos y los países en vías de desarrollo y los países pobres.

La igualdad de condiciones para todos sólo beneficia el libre comercio para los más fuertes, pero bloquea el desarrollo de los más débiles. Regímenes estrictos de protección de la propiedad intelectual en países menos adelantados introducen un importante factor de riesgo para el desarrollo de la industria local e incluso para la salud y el patrimonio biológico y cultural de estos países.

Parece evidente que los objetivos de política jurídica asociados a la protección de la propiedad intelectual en los países desarrollados no son válidos para los países con nula o escasa capacidad tecnológica. Los derechos de propiedad intelectual no sirven por sí solos para estimular la creación, la innovación y la competencia en países en desarrollo.

Así es, los derechos de propiedad intelectual no pueden fomentar la creación ni la inversión en países en vías de desarrollo que carecen de capacidad tecnológico-industrial y disponen de poca mano de obra cualificada. Más bien al contrario, los derechos exclusivos sobre productos farmacéuticos, químicos y sobre variedades vegetales normalmente elevan el nivel de precios, perjudicando así a los consumidores, a la agricultura y a cualesquiera otras actividades que dependan de los mismos, además de suponer un lastre para la mejora de las condiciones sanitarias en países con altos niveles de pobreza.

Son necesarias políticas públicas de impulso tecnológico, comercial e industrial para superar los endémicos retrasos de muchos países en desarrollo. Y precisamente, la obligación asumida en el ADPIC y otros tratados de establecer fuertes regímenes de protección para la propiedad intelectual, beneficia claramente a la industria de los países desarrollados, que pueden cerrar el paso al desarrollo local.

La proliferación de patentes solicitadas por operadores económicos extranjeros en países en desarrollo puede perjudicar gravemente a la investigación, a la innovación y a la competencia en el mercado. Las patentes también pueden crear barreras a la investigación de enfermedades importantes y a la explotación local del patrimonio genético natural para desarrollar nuevos cultivos y para comercializar variedades vegetales y productos farmacéuticos derivados de su biodiversidad; serán los operadores económicos procedentes de países desarrollados quienes se aprovechen de esas posibilidades utilizando su alto nivel tecnológico y protegiendo los resultados para evitar la comercialización de productos similares. Las restricciones al acceso de información y contenidos en Internet, difundidas en modelos de “pay per use”, puede impedir el acceso de las clases menos favorecidas de estos países a la cultura, a la información y al entretenimiento.

La protección de la propiedad intelectual en un mundo que quiere ser global, debería tener como objetivo prioritario conciliar el respeto a los derechos exclusivos (para fomentar la creación, la innovación y la competencia) con la reducción de la pobreza y la promoción del desarrollo.

Es de obligada lectura al respecto el Informe de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, constituida por el Gobierno Británico en el año 2003, que lleva por título “*Integrando los Derechos de Propiedad Intelectual y la Política de Desarrollo*” (accesible en el sitio [www.iprcommission.org](http://www.iprcommission.org).)

De este informe pueden extraerse varios ejemplos de los obstáculos que una protección igualitaria de la propiedad intelectual puede interponer para el desarrollo de la economía de los países más pobres.

### **8. Patentes y salud pública**

Un grado excesivamente elevado de la propiedad intelectual a nivel global genera un grave desequilibrio entre el mundo desarrollado y los países más pobres. Desequilibrio que afecta incluso a la lucha contra enfermedades de tipo epidémico gravísimas para la salud pública de algunos países.

Este hecho motivó la apertura de un proceso de reflexión en el seno de la OMC que culminó con la célebre “*Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública*”, de 20 de noviembre de 2001, en la cual -reconociendo las enormes diferencias entre unos países y otros- se establece el derecho de los países en desarrollo para adoptar medidas pertinentes en materia de patentes con la finalidad de adquirir los medicamentos que necesitan para combatir las graves enfermedades que asolan a sus pobladores.

La solución prevista en esa Declaración consiste en que estos países recurran al mecanismo de las *licencias obligatorias sobre derechos de patentes*, para producir de forma autónoma medicamentos sin autorización de los titulares de derechos. Sin embargo, pronto se descubrió la ineficacia de esa medida, pues el problema de los países pobres es -precisamente- que no disponen de tecnología ni infraestructura suficiente para poder producir autónomamente esos medicamentos. Y es que el artículo 31 f) ADPIC sólo permite recurrir a las licencias obligatorias para abastecer el mercado interno del Estado Miembro que autorice tales usos; lo que significa que la licencia obligatoria sólo puede emplearse para fabricar los productos patentados dentro del propio país, con lo cual resulta absolutamente inútil para los países pobres.

Sólo podría ser útil la licencia obligatoria si permitiera a un país determinado (normalmente serían países en desarrollo con un elevado nivel tecnológico e industrial a pesar de sus altos índices de pobreza, como China, India o Brasil) fabricar medicamentos dentro de su territorio para ser vendidos (exportados) posteriormente a los países pobres. Esto debería llevar implícita otra consecuencia importante: sancionar el agotamiento internacional de las mercancías protegidas con derechos de propiedad intelectual, para permitir la libre circulación de mercancías por todos los territorios de un mercado global.

Sin embargo, aunque desde hace tiempo se viene barajando esta posibilidad dentro del Comité ADPIC de la OMC, muchos países desarrollados no parecen dispuestos a admitirla. La razón es evidente: un sistema de licencias obligatorias de exportación acompañado del principio de agotamiento internacional, plantearía el grave problema de cómo impedir que los medicamentos adquiridos en países pobres a precios reducidos pudieran desviarse luego hacia mercados de países desarrollados a precios muy superiores. Incluso prescindiendo del agotamiento internacional, seguiría siendo problemático cómo impedir que parte de los medicamentos fabricados para ser suministrados a países pobres acabaran por dirigirse hacia los mercados de los países desarrollados.

Quizás la solución final esté en conseguir el compromiso de la industria de fabricar medicamentos a precios distintos en función de su punto de destino. Pero, eso sí, con estrictos controles en los países receptores para evitar su ulterior exportación a países desarrollados.

## **9. Los recursos genéticos y la agricultura**

Gracias al incremento en la protección de plantas y variedades vegetales mediante patentes y títulos de obtención vegetal, las empresas punteras

de países desarrollados están aprovechando los avances en la investigación genética para seleccionar y descubrir plantas con un gran potencial agrícola.

Cada vez es más habitual que el material genético natural que sirve de base a la investigación en nuevas variedades vegetales provenga de países del sur (en muchas ocasiones de comunidades indígenas), que tienen mayores reservas biológicas, sin que tales países obtengan ningún tipo de beneficio al respecto; e incluso pudiendo perjudicar la investigación local sobre sus propios recursos genéticos. Las empresas extranjeras se prevalecen de los servicios de agricultores locales para descubrir las variedades tradicionales, sin compensar de ninguna manera al Estado de procedencia de esos recursos, ni por tanto a su comunidad.

Este problema fue abordado en el “*Convenio de Río de Janeiro, de 5 de junio de 1992 sobre protección de la diversidad biológica*”, donde se impone la obligación a quien utilice material biológico presente en la naturaleza de pedir consentimiento informado a los organismos nacionales o locales correspondientes (artículo 15).

Según esto podrían arbitrarse fórmulas que impidieran patentar productos derivados de recursos y conocimientos naturales sin haber pedido previamente consentimiento a las autoridades competentes. Para compensar a los países en desarrollo podría establecerse también el pago de una compensación económica o de otro tipo al país que otorgara el consentimiento debidamente informado. Sin embargo, parece que los países desarrollados no parecen por el momento muy dispuestos a pasar por este tipo de condiciones.

El “*Tratado internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO de 10 de junio de 2002*”, busca proteger los materiales de los bancos de genes cubiertos por el Tratado impidiendo su patentabilidad e insta a los países firmantes a proteger los derechos de los agricultores.

Esto puede constituir un límite para la protección de plantas por patentes o mediante obtenciones vegetales. Protección que por el momento sólo beneficia a los países desarrollados, ya que los países pobres no disponen de los recursos suficientes para ello. Y eso puede perjudicar claramente a los agricultores de los países en desarrollo, que pueden ver limitada su capacidad para utilizar e intercambiar libremente semillas. Además la protección de las plantas puede generar graves problemas de competencia en el sector agrícola, fundamentalmente por abusos de posición dominante de los detentadores de derechos.

En definitiva, conviene más a los intereses de países en desarrollo rechazar la protección de las plantas (y animales) mediante patentes y recurrir en su lugar a la protección de obtenciones vegetales, donde la legislación internacional reconoce una serie de excepciones aplicables al derecho exclusivo en beneficio de los agricultores y de los intereses generales del país afectado. Además debería vigilarse atentamente la concesión de patentes biotecnológicas relacionadas con el mundo vegetal, así como establecer excepciones que favorecieran la investigación en esa área y el desarrollo de variedades vegetales (como por ejemplo, la concesión de licencias obligatorias por dependencia.)

#### **10. Los conocimientos tradicionales y las indicaciones geográficas**

Más grave aún puede ser el aprovechamiento comercial por los operadores del mundo desarrollado de los conocimientos tradicionales que poseen chamanes u otros médicos tradicionales, así como algunos agricultores, sobre las propiedades específicas de plantas autóctonas o propias de la reserva natural de un país. Esto perjudica principalmente a las comunidades indígenas de muchos países en desarrollo.

Existen ya precedentes de concesión de patentes sobre conocimientos tradicionales (principios activos propiedades de plantas) que eran de conocimiento público y uso habitual en países o regiones concretas (caso "Turmeric" en la India.) Incluso con la tendencia a la concesión de patentes blandas, se han concedido ya patentes sobre meros principios activos sin una aplicación industrial concreta, borrando así las diferencias entre descubrimiento (excluido de patentabilidad) e invención.

El mismo problema puede darse con el registro de variedades vegetales obtenidas a partir de plantas utilizadas con fines terapéuticos o de otro tipo por comunidades indígenas. Un ejemplo es el caso "Ayahuasca", en el que se registró una variedad vegetal "Da Vine" sobre una planta tradicional empleada habitualmente por los chamanes de comunidades amazónicas.

Son plenamente aplicables en este punto las consideraciones vertidas anteriormente en relación con los Convenios de Biodiversidad y recursos fitogenéticos.

Los países en desarrollo deben adoptar medidas para proteger sus conocimientos tradicionales o, al menos, obtener beneficio de su explotación comercial por terceros mediante el desarrollo de productos (patentados) derivados de los mismos.

Debería obtenerse el conocimiento informado de las autoridades afectadas para poder patentar estos productos, so pena de nulidad caso



de no recabarse dicha autorización. Y además debería establecerse una compensación económica para el territorio del que procediera el conocimiento en cuestión. Otra solución sería cerrar acuerdos de colaboración con comunidades indígenas poseedoras de conocimientos tradicionales sobre plantas medicinales, a cambio de compensaciones económicas y evitando siempre la patentabilidad de principios activos.

Los mismos problemas pueden darse con el aprovechamiento de las denominaciones de productos típicos de países en desarrollo, que son utilizadas por operadores de países desarrollados en otros mercados. Este problema puede ser relevante para los países en desarrollo, ya que muchas de sus aspiraciones en el mercado global están cifradas, precisamente, en la exportación de productos tradicionales que giran bajo una indicación o denominación geográfica determinada.

No obstante, parece que el problema de las indicaciones geográficas está suficiente tratado en el ADPIC y en los Tratados bilaterales y regionales sobre derechos de propiedad intelectual y libre comercio.

### **11. El folklore y otras expresiones culturales**

Otro riesgo importante para los países en desarrollo consiste en el aprovechamiento comercial del folklore tradicional por parte de compañías extranjeras, sin solicitar autorización alguna y sin ofrecer ningún tipo de compensación. Algo que, además, puede llegar a provocar ofensas a comunidades indígenas donde determinadas leyendas y canciones tienen carácter sagrado.

Algo parecido sucede con el aprovechamiento de expresiones culturales populares, como la artesanía, por parte de empresarios extranjeros que los presentan como procedentes de una región concreta sin ser cierto, o que los presentan como propios pretendiendo incluso la protección de sus productos mediante los derechos de autor y derechos conexos o mediante los diseños industriales.

Al tratarse de contenidos y materiales que están en el dominio público, los empresarios extranjeros o nacionales pueden aprovecharse económicamente de expresiones tradicionales populares que se habían mantenido siempre dentro de una comunidad concreta, sin ningún tipo de aprovechamiento individual.

Las legislaciones de derechos de autor y conexos de algunos países en desarrollo establecen algunas medidas relativas al folklore. Así, por ejemplo la Ley n° 312 de la República de Nicaragua, define las expresiones de folklore como las producciones de elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y

perpetuado en la comunidad nicaragüense o por individuos que reconocidamente respondan a las expectativas de dicha comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural, comprendiendo los cuentos, la poesía, las canciones y la música instrumental popular, las danzas y espectáculos populares, las artesanías, así como las expresiones artísticas de ritos y producciones de arte igualmente popular. El artículo 96 establece medidas de protección del folklore, disponiendo que cuando la expresión del folklore sirva como base de una obra, deberá indicarse por el autor y por quien lo divulgue o lo difunda por cualquier medio o procedimiento esta circunstancia, así como el departamento o región de donde proviniera esa expresión y su título, si lo tuviere.

Puede que medidas de este tipo no sean suficientes. Debería estudiarse en sede internacional la conveniencia de incluir solicitudes de conocimiento efectivo a las comunidades o países afectados, así como compensaciones económicas para el caso de que fueran autorizada la explotación del folklore.

## **12. Derechos de autor y conexos en la era digital y su impacto sobre el desarrollo**

Las creaciones y prestaciones culturales constituyen un capítulo cada vez más importante de la economía de países desarrollados. Y más aún desde la aparición de los formatos digitales y de las comunicaciones interactivas a través de Internet. Por eso han intentado por todos los medios proteger los nuevos formatos de explotación impulsando la adaptación de las leyes de derechos de autor y conexos al nuevo entorno digital fuera de línea (ejemplares electrónicos, como CD, DVD, CD-ROM) y en línea (puesta a disposición a la carta en Internet).

En los países desarrollados la legislación sobre derechos de autor y conexos no ha servido para fomentar significativamente la creatividad ni para impulsar una industria de contenidos. Estos países son grandes consumidores de productos culturales y de entretenimiento de otros países. Por eso, las nuevas modalidades de explotación de contenidos, en régimen de "*pay per use*" o licencias de uso, sustentadas con medidas tecnológicas de control de acceso y del copiado, pueden perjudicar el acceso de los usuarios de estos países a los nuevos contenidos. Las medidas tecnológicas restringen el ejercicio de excepciones a los derechos exclusivos (como la copia privada) y además pueden encarecer el acceso al producto debido a los procesos de concentración que se están produciendo entre la industria de contenidos y las de medios.

Los países desarrollados no sólo quieren asegurarse nuevos mercados para sus nuevos productos y servicios culturales, sino que también

persiguen disponer de garantías jurídicas para perseguir actos de piratería y usos ilícitos por parte de los usuarios, como sucede ahora con las descargas masivas de contenidos a través de programas P2P. Este objetivo es especialmente visible en el CAFTA, donde se incorporan las medidas exigidas por los Tratados OMPI de 1996 y una batería de medidas sobre protección de medidas tecnológicas y control de intermediarios presentes ya con anterioridad en la legislación estadounidense.

Las nuevas modalidades de explotación y medidas de protección pueden tener un influjo muy importante para el acceso no ya a bienes culturales "*stricto sensu*" por la población de países en desarrollo, sino para el acceso a programas de ordenador (sistemas operativos y programas aplicación) y a bases de datos electrónicas (donde la UE ha creado un nuevo derecho conexo para el fabricante de las mismas), que constituyen la base de la sociedad de la información. El alto coste de estos bienes limita notablemente las posibilidades de acceso y disfrute a los mismos por parte de los usuarios de países menos desarrollados, frustrando así uno de los objetivos de la sociedad de la información, que es, precisamente, facilitar el acceso, disfrute y disponibilidad de la información.

Sin embargo, la propia Internet ha dado respuestas alternativas a este problema, gracias al ingenio de los movimientos GNU de *software libre* y de las licencias *creative commons*, integrantes ambos de lo que en términos amplios se denomina hoy día como "*copyleft*" (izquierdos de autor, copia dejada o abandonada).

El "*copyleft*" no se opone al "*copyright*", sino que se inspira en el mismo. Simplemente se deja a la voluntad del creador o productor el difundir sus contenidos en forma o modelo o comercial, o bien de forma abierta y libre. Estos movimientos adoptan el modelo de licencia pública general, por el que se permite al usuario acceder y utilizar libremente el material de que se trate, distribuirlo en ejemplares o bien difundirlo dentro de la Red e incluso -según los casos- realizar obras derivadas. Esta idea "*copyleft*" surge del movimiento del software libre patrocinado por la "*Free Software Foundation*" (vid. en [www.fsf.org](http://www.fsf.org)), del que se valen hoy día muchos usuarios y también muchas administraciones (que utilizan el sistema operativo linux de forma gratuita), y se ha extendido a todo tipo de contenidos gracias a la original idea patrocinada desde el movimiento "*creative commons*", que ofrece una amplia gama de licencias al creador o productor para difundir su obra a través de Internet (vid. en [www.creativecommons.org](http://www.creativecommons.org)).

Estos modelos alternativos de difusión de contenidos frente a los de pago por uso, seguramente forzarán a los titulares de derechos a reducir precios y a permitir usos leales a los usuarios legítimos (como un número limitado de copias digitales e ilimitado de copias impresas, el acceso con fines docentes y de investigación, etc.).

Efecto claramente beneficioso, pues por una sociedad de la información con contenidos de calidad necesita la participación de la industria. Los nuevos modelos de difusión libre no pueden llegar a sustituir totalmente a los productos y servicios más elaborados y terminados ofrecidos en régimen de pago.

Los sistemas P2P no pueden encuadrarse dentro de este movimiento, pues son los usuarios (y no los titulares) los que reproducen y transmiten libremente archivos al margen de los legítimos titulares de los contenidos compartidos.

Tras el cierre de Napster (debido a que centralizaba en una base de datos todas las transmisiones entre sus usuarios), las demandas judiciales interpuestas por parte de la industria y de las entidades de gestión contra los programas sucesores de Napster, que ya no participaban para nada en el intercambio de archivos, no encontraron una respuesta positiva, pues se consideró, por una parte, que los responsables de tales programas (que generalmente obtienen sus ingresos por publicidad en la página desde la que se pone a disposición el programa para su descarga) no realizan por sí mismos violaciones a los derechos de propiedad intelectual, y por otra, que constituyen avances tecnológicos que permiten el intercambio de información en sentido amplio (archivos con información personal o profesional no protegida, creaciones intelectuales o prestaciones afines cuya protección haya caducado, creaciones intelectuales de cualquier tipo introducidas en el sistema P2P voluntariamente por su autor, etc.), por lo que no pueden ser cerrados.

En esta línea se sitúa la *sentencia de 28 de marzo de 2002 de la Corte de Apelación (Gerechtshof) de Amsterdam (Caso Kazaa v. Buma/Stemra)*, confirmada a finales de 2003 por el Tribunal Supremo holandés, siendo la primera sentencia de un Alto Tribunal favorable a las plataformas P2P. También la *sentencia de 8 de enero de 2003 del US District Court for the Central District of California (Caso Metro Goldwyn Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd.)*, confirmada luego por el Circuito de Apelaciones de California.

Según esta primera línea jurisprudencial, quienes realmente reproducen y transmiten en línea contenidos protegidos son los usuarios de los programas P2P al copiar archivos en sus discos duros y ponerlos a disposición inmediata de un número ilimitado de usuarios, sin que el creador o responsable originario del programa intervenga para nada en ese intercambio; el creador del programa -se dice- no es responsable por los abusos que individualmente se hacen de su programa de intercambio de archivos.

Eso provocó que la industria comenzara a perseguir civil e incluso penalmente a usuarios individuales que hubieran realizado descargas masivas de archivos con contenidos protegidos, sea desde ordenadores personales, o sea desde ordenadores conectados a las redes de Universidades y Empresas en los que previamente habían instalado programas P2P, facilitando además el mismo comportamiento a otros usuarios de esos ordenadores. Obviamente, las demandas y querellas se interponen de forma selectiva contra los usuarios más activos o promiscuos en la descarga de contenidos, exigiendo -incluso judicialmente- a los prestadores de servicios de acceso la identificación de los sujetos titulares o responsables de un determinado equipo informático conectado a Internet a través de su red o sistema de acceso.

A modo de ejemplo puede citarse la *sentencia de 8 de abril de 2003 del US. District Court for the Western District of Michigan (Caso Atlantic Recording Corporation and Others v. J. Nievelt)*, en la que se condena a un usuario particular a abonar la nada despreciable cantidad de 150.000 dólares por infracción directa y cooperación necesaria en la infracción de derechos de propiedad intelectual ("*direct and contributory copyright infringement*") a raíz de haber instalado un programa P2P en la red de ordenadores de una Universidad para realizar descargas y puestas a disposiciones masivas de archivos con contenidos protegidos y facilitar e inducir al mismo tiempo la comisión de esos actos a terceras personas usuarias de los ordenadores universitarios, vulnerando el 17 U.S. Code, Sections 106 y 501. El mismo caso, con idéntico planteamiento y resultado, se reproduce en la *sentencia de 13 de abril de 2003 del US. District Court for the District of New Jersey (Caso Atlantic Recording Corporation and Others v. D. Peng)*.

Sin embargo, a pesar de los efectos beneficiosos de estos programas para la libertad de expresión y comunicación y para el acceso a la cultura, lo cierto es que el volumen de material protegido intercambiado es normalmente muy superior al de los materiales carentes de protección por propiedad intelectual o de materiales cuyos titulares permiten

expresamente la copia, difusión (e incluso la transformación) libre a todos los usuarios (software libre y obras con licencias “*creative commons*”). Es cierto que debe apreciarse en todo su valor el valor tecnológico y social de estos modernos sistemas por su contribución a la libertad de expresión y comunicación en el ciberespacio. Pero eso no debe impedir que se valore el papel de los titulares de estos programas P2P como cooperadores necesarios para esas violaciones masivas de los derechos de propiedad intelectual, sobre todo cuando los responsables originarios y difusores principales de estos programas persiguen por norma general fines comerciales indirectos, al obtener ingresos por publicidad en las páginas de descarga y seguimiento de los programas de intercambio (doctrina de la “*contributory and vicarious copyright infringement*”). Este argumento ha sido la base de una segunda línea jurisprudencial emanada desde la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Grokster*.

Se trata de la *sentencia de la U.S Supreme Court de 27 de junio de 2005 (en el caso Metro Goldwyn Mayer Studios Inc., et al. vs. Grokster LTD, et al.)*, donde la Corte Suprema estadounidense revoca la sentencia del Circuito de Apelaciones de California, declarando que resulta imposible perseguir a cada uno de los infractores directos, por lo que para atajar el problema debe recurrirse a la aplicación de la responsabilidad secundaria o indirecta -según la doctrina de la “*contributory or vicarious infringement*”- cuando los responsables del programa P2P (en este caso el popular *Grokster*) estimulan intencionadamente el uso del programa para que los usuarios cometan actos de infracción del “*copyright*”, obteniendo con ello un beneficio de esas utilizaciones ilegales de su programa sin siquiera intentar impedir o minimizar de alguna manera estos comportamientos. El Tribunal entiende, en concreto, que los distribuidores del programa instruyen a los usuarios acerca de las ventajas del uso ilegal, dando publicidad de ese tipo de utilizaciones.

En parecidos términos se ha pronunciado la *Corte Federal de Australia en su sentencia de 5 de septiembre de 2005 (Caso Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd.; distribuidor en Australia del programa Kazaa)*.

Los países desarrollados buscan por todos los medios constreñir comportamientos de este tipo, incluyendo medidas que puedan servir para perseguir a los usuarios de estos programas e incluso para proceder a su cierre, a no ser que obtengan las preceptivas licencias. El CAFTA es un buen ejemplo de esta tendencia, ya que los EE.UU han impuesto normativa destinada a luchar contra este tipo de comportamientos.

### 13. Conclusiones

De la actual regulación de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito internacional se desprende una situación injusta que acentúa los desequilibrios entre países desarrollados y no desarrollados. Esta situación se agudiza aún más con los Tratados bilaterales y regionales de libre comercio. El problema es que no se contemplan medidas eficaces para ofrecer más posibilidades de desarrollo a los países menos desarrollados.

La globalización no es real, pues no hay igualdad de condiciones entre los Estados implicados en el proceso globalizador. La globalización no puede ser solamente libre comercio, sino que debe incluir medidas de corrección que ofrezcan oportunidades a los países pobres.

Es preciso tener presente el viejo principio de tratar desigual a los desiguales, introduciendo asimetrías reales en los Convenios que sirvan para favorecer el desarrollo, proteger recursos propios y la salud de los ciudadanos de los países en desarrollo.

Ahora bien, esto no significa que los derechos de propiedad intelectual sean perversos para el progreso cultural, tecnológico y económico. Hoy día estos instrumentos son básicos para fomentar la innovación y la competencia. Los países en desarrollo necesitan un nivel adecuado de protección para la propiedad intelectual, para estimular su crecimiento y aportar garantías mínimas a los operadores económicos extranjeros que quieran invertir en sus países.

No es real hoy día la celebración de acuerdos de libre comercio que no incluyan una protección de la propiedad intelectual. La cuestión es hasta dónde debe llegar esa protección. La propiedad intelectual debe responder a sus objetivos básicos: fomentar la creación, la innovación y la competencia, coadyuvando a la consecución de la diversidad cultural y del desarrollo económico. Pero eso no se logra con una regulación igual para todos; es preciso profundizar más en las excepciones y otras medidas que reconozcan la desigualdad de condiciones.

La virtud -como decía Aristóteles- está en el justo medio. De manera que lo ideal sería que en los Tratados internacionales se concediese la flexibilidad necesaria a los países en desarrollo para que -en buena técnica jurídica- ajusten la protección de la propiedad intelectual a los intereses reales del país en cada época concreta, evitando el "seguidismo" con otros países y menos aún las imposiciones de los países desarrollados, los cuales deben tomar conciencia de la importancia (también para sus propios intereses) de facilitar el desarrollo de los países más pobres.

Además la protección de la propiedad intelectual debe ir acompañada de medidas eficaces de protección de la libre competencia, para compensar posibles abusos en el ejercicio de aquellos derechos. La OMC y las organizaciones supranacionales regionales deberían profundizar más en la regulación de la libre competencia, tal y como se hace en los países más desarrollados.

Quizás el problema principal esté en que los países en desarrollo deberían insistir primero en la consecución de procesos de integración regional (cfr., Centroamérica), no sólo económica, sino también social y jurídica. Para luego, con una sola voz, negociar con detalle y conocimiento en el ámbito internacional, poniendo de manifiesto sus necesidades en el campo del desarrollo tecnológico e industrial.

El libre comercio no es premisa de desarrollo por sí sólo. El desarrollo requiere también compromisos sociales y económicos por parte de los países desarrollados. Y mayor capacidad de negociación de los representantes de los países en desarrollo. Es preciso comprometerse activamente con los intereses generales (no sólo económicos) del país para afrontar con garantías procesos de negociación internacional.